

Marcin Sala-Szczypiński

PRAWO – MORALNOŚĆ. PRÓBY DEFINICJI

Sens definiowania prawa i moralności

Problem relacji prawa i moralności jest stale obecny w codziennym życiu i praktyce organów stosujących prawo. Poruszając tę tematykę w rozmaitych dyskusjach warto pamiętać o dotychczasowym dorobku doktryny w tej dziedzinie, jak i o pewnych konwencjach pojęciowych, definicyjnych i systematyzacyjnych. Niniejszy tekst służyć ma prezentacji wybranych aspektów tej problematyki.

Zagadnienie określonego zdefiniowania pojęcia prawa zdaje się mieć dla prawników znaczenie fundamentalne, powtórzyć można za Leonem Petrażyckim, iż jest ono „tak zasadnicze i prejudycjalne, że od jego rozstrzygnięcia zależy sama możliwość nauki o prawie, jeżeli tę naukę pojmować należy”¹. Przesądzając autorytarnie *a priori* o tym, co nazywać będziemy prawem, co zaś moralnością, w znacznej mierze zdeterminujemy określone relacje między tymi zjawiskami, będą one bowiem w części po prostu logiczną konsekwencją dokonanych konwencjonalnie ustaleń pojęciowych. Z drugiej zaś strony trudno rozważać relacje pomiędzy czymś, czego zakresu choć w przybliżeniu nie znamy. Najlepszym, choć zapewne niedoskonałym, wyjściem z tej sytuacji jawi się wybór uproszczonych definicji zestawianych zjawisk, stanowiących punkt wyjścia dalszych rozważań, definicji, których jednak nie zamierzamy ślepo się trzymać i jeśli prowadzone rozważania

¹ L. Petrażycki, *Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej*, red. L. Kurowski, przedm. T. Kotarbiński, oprac. J. Lande, Warszawa 1959, s. 41.

i powoływane argumenty przekonają nas do innych określeń, to przyjmujemy je za prawdziwe, w ostatecznym rozrachunku otrzymując najbardziej dla nas przekonujące i użyteczne określenie prawa i moralności, jak i relacji pomiędzy nimi.

Próbując sformułować definicję prawa i moralności, już na wstępie napotykamy na trudności związane z brakiem jednolitej teorii definicji, uważanej bądź za rodzaj procedury, metody (pewnej działalności), bądź za rezultat tych czynności². Opierając się na ogólnym założeniu, zgodnie z którym definicja jakiegoś wyrazu polega na podaniu równoznacznika definiowanego wyrazu lub typowego kontekstu, w którym wyraz ten z reguły bywa używany³, uświadamiamy sobie, jak wielkim wyzwaniem jest stworzenie definicji prawa. Wcale nie mniejsze trudności staną nam na drodze, gdy spróbujemy zrealizować Arystotelesowski postulat, by wszelka definicja realna podawała dla definiowanego przedmiotu najbliższy rodzaj i różnicę gatunkową (*Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*).

Problemy związane z definiowaniem prawa, a także rezultaty osiągnięte w wyniku podejmowanych prób ich rozwiązania zilustrować można, przywołując poglądy J. Austina oraz L. A. Harta. Jak większość innych wyborów dotyczących prezentacji poglądów mających być ilustracją pewnych pojęć czy zjawisk, jest to wybór dalece uznaniowy i nie zamierzam też tłumaczyć się z niego szerzej, jak jedynie poprzez wskazanie, że pierwszy z wymienionych podjął śmiało w swych czasach próbę zdefiniowania jurysprudencji, drugi zaś krytykował go, odzegnując się od prostego definiowania prawa.

Jak twierdzi Austin, „prawo, w dosłownym i właściwym sensie może być określone jako reguła zachowania ustanowiona dla jakiejś myślącej istoty przez inną myślącą istotę, mającą nad tą pierwszą władzę”⁴. Taka definicja, oderwana od całości rozważań Austina, może być myląca, konieczne jest więc dodanie pewnych objaśnień. To, co potocznie bywa nazywane prawem, może być przypisane, zdaniem powoływanego autora, do jednej z czterech kategorii:

- prawo boskie (ustanowione przez Boga dla człowieka – prawo naturalne),
- prawo pozytywne (stanowione przez ludzi działających w charakterze suwerena),
- moralność pozytywna (ustalona przez ludzi nie działających w charakterze suwerena, jak również kodeksy honorowe, prawo międzynarodowe),
- prawo w figuratywnym znaczeniu tego słowa (prawa rynku, prawa fizyki).

Najistotniejsze dla Austina jest oczywiście prawo pozytywne, z kolei zaś dla opisu tej właśnie kategorii kluczowe znaczenie mają pojęcia rozkazu i nawyku posłuszeństwa. Skojarzenia, jakie wiążą się z pojęciem rozkazu to istnienie stałej hierarchii, w której rozkazodawca zajmuje dominującą pozycję, oraz odwoływanie się do zagrożenia dolegliwością (jak widział to Austin), bądź do szacunku wobec autorytetu władzy (czym poglądy pierwszego uzupełniał Hart).

² W. Patryas, *Definiowanie pojęć prawnych*, Poznań 1997.

³ K. Ajdukiewicz, *Zarys logiki*, Warszawa 1958, s. 30.

⁴ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1997, s. 5.

O powszechnym nawyku posłuszeństwa mówić będziemy w sytuacji, gdy większość nakazów jest częściej przestrzeganych niż nieprzestrzeganych.

Tworzona przez Austina definicja prawa jest niewątpliwie definicją projektującą. Także w znaczeniu przenośnym – projektuje ona bowiem narzędzie badania rzeczywistości, analizowania aktywności człowieka, której przejawami są między innymi prawo pozytywne (*ius*) i pozytywna moralność (*mos*). Tak naprawdę oddzielenie prawa od moralności ma charakter czysto intelektualny, oddziela się je tylko po to, by po przeanalizowaniu i ukazaniu wzajemnych zależności spojrzeć na nie ponownie jako na nierozzerwalne części organicznej całości – ludzkiej aktywności. Według Austina, aby określić pojęcie prawa i moralności, niezbędna jest obszerna lecz zarazem spójna dysertacja, nie wystarczy krótka i chaotyczna definicja. Dopiero takie obszernie wywody mogą dać nam właściwą definicję prawa i moralności. Stwierdzenia tego nie można jednak brać dosłownie – chodzi o to, by spełniająca formalny wymóg zwięzłości definicja, interpretowana była w odniesieniu do szerszej teorii, w której jest osadzona i na gruncie której została stworzona.

Pojawiły się twierdzenia, że „Hart nie definiuje prawa, a nawet nie próbuje tego czynić”⁵. I faktycznie, sam Hart wprost stwierdza, że cel jego książki „nie leży w dostarczeniu definicji prawa w znaczeniu reguły, poprzez odniesienie do której dałoby się sprawdzać poprawność użycia słowa «prawo»”⁶, zamiast tego „jest próbą oświecenia pojęcia prawa, a nie definicji słowa «prawo»”⁷. Pojęcie prawa powstaje zaś w wyniku odkrycia i zrozumienia związku reguł pierwotnych i wtórnych, do którego to rozróżnienia wrócimy omawiając szerzej poglądy Harta na zagadnienie związku prawa i moralności.

Mając w pamięci powyższe uwagi przyjmijmy, że na potrzeby rozpoczęcia dalszych rozważań prawem nazywać będziemy uporządkowany zbiór generalnych i abstrakcyjnych norm postępowania, ustanowionych przez państwo, których realizacja zabezpieczona jest przymusem państwowym (inaczej prawo pozytywne). Moralnością zaś nazywać będziemy społecznie zobiektywizowane reguły postępowania, których treść zrelatywizowana jest do pojęć „dobra”, „słuszności” i „sprawiedliwości”.

Nurt aksjologiczny

Oprócz próby porządkującej systematyzację relacji prawo – moralność, warto przedstawić wybrane poglądy filozofów i teoretyków prawa dotyczące tego zagadnienia. Relacja pomiędzy prawem a moralnością od niepamiętnych czasów była jednym z podstawowych problemów filozofii prawa, stanowiła element definicji-

⁵ J. Woleński, *Wstęp* [w:] H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. XVIII i nast. (*Biblioteka współczesnych filozofów*).

⁶ H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, s. 33.

⁷ *Ibidem*, s. 286.

ny poszczególnych nurtów filozoficznych, wyznaczając granicę pomiędzy kierunkami zwanymi aksjologicznymi a antyaksjologicznymi. Nurt aksjologiczny (pod tym określeniem powszechnie rozumie się w filozofii prawa głównie teorie prawa natury, poczynając od substancjalnej teorii św. Tomasza, a kończąc na koncepcjach prawa natury o zmiennej treści) podkreślał znaczenie problematyki moralnej w procesach definiowania i stosowania prawa, zaś tradycyjnie przeciwstawiany mu nurt antyaksjologiczny (utożsamiany z szeroko rozumianymi kierunkami pozytywistycznymi – w ujęciu Austina, Harta czy Kelsena) postulował oddzielenie tych zagadnień, pomijając moralność w definiowaniu prawa.

Fundamentalne znaczenie dla tej grupy poglądów („aksjologicznych”) miał Arystoteles – nie tylko jako jeden z pierwszych zdefiniował on sprawiedliwość w formalny sposób, odnosząc ją do zagadnienia dystrybucji dóbr, ale też (znowu jako jeden z pierwszych) omówił szerzej pojęcie prawa słusznego. Zwracał on mianowicie uwagę na fakt, że prawo jest ogólne, o niektórych zaś rzeczach nie można wydać trafnego sądu w sposób ogólny.

Jeśli więc ustawa orzeka o czymś ogólnie, a zdarzy się wypadek, który nie podlega pod to orzeczenie, to słuszną jest rzeczą, by tam, gdzie ustawodawca coś opuścił i przez sformułowanie ogólne popełnił błąd, uzupełnić ten brak tak, jakby ustawodawca sam orzekł, gdyby był z góry znał dany wypadek. Dlatego prawość (*epieikeia*) jest sprawiedliwością, a nawet czymś lepszym od pewnego rodzaju sprawiedliwości, choć nie od sprawiedliwości samej w sobie, lecz od błędu wynikającego z ogólnego sformułowania. I to właśnie jest istotą prawości, że jest korekturą prawa tam, gdzie ono niedomaga na skutek ogólnego sformułowania⁸.

Zaprezentowana przez Arystotelesa myśl o istnieniu dwu różnych systemów, sprzecznych ze sobą i konkurujących ze sobą, inaczej mówiąc, myśl o dualizmie prawa i słusności prawa, podejmowana była wielokrotnie. Przecież pod tym właśnie kątem zinterpretować możemy wszystkie koncepcje prawa natury. Przywołać można tu przykładowo poglądy św. Tomasza z Akwinu, który definiował prawo naturalne jako istniejące udziałowo w człowieku prawo wieczne.

Prawo to jest nienaruszalne i niezmiennie, gdyż wynika z niezmiennego i doskonałego rozumu Bożego, ustanawiającego naturę. Inaczej rzecz się przedstawia z prawem ludzkim. Rozum człowieka jest zmienny i niedoskonały, dlatego też jego prawo jest zmienne i niedoskonałe. Ułomność rozumu ludzkiego przenosi się na tworzone przez niego prawo, które, tak jak człowiek, może mieć pewne wady i tak jak on, nie zawsze jest doskonałe. Wprawdzie powinno takim być,

zdarza się jednak niekiedy, że jakieś przykazanie, które w większości wypadków służy pożytkowi społeczeństwa, nie przystawa do tej oto osoby lub do tego oto wypadku, ponieważ albo to stanowiłoby przeszkodę do czegoś lepszego, albo [...] wprowadziłoby jakieś zło. [...] I dlatego ten, kto rządzi społecznością ma władzę dyspensowania od prawa ludzkiego, które ma oparcie właśnie w jego autorytecie. Może więc w wypadkach, kiedy prawo zawodzi, zezwolić na niezachowanie

⁸ Fragment w tłumaczeniu D. Gromskiej, cytowany z wyboru tekstów *Władza – wolność – prawo*, red. B. Szlachta, Kraków 1999, s. 61 i nast.

przepisu prawa [odstępstwa od prawa wiecznego są niedopuszczalne, nie są też konieczne, bowiem prawo to, jak i jego twórca, nie ma żadnych wad].

Nurt antyaksjologiczny

Wspomniany dualizm prawa stanowionego i prawa słusznego nie istniał natomiast dla przedstawicieli pozytywizmu prawniczego – przede wszystkim w ujęciu Austina i Kelsena. Postulowane przez nich absolutne podporządkowanie prawnika ustawie, którą powinien on wykonywać z jak największą precyzją, osiąganą między innymi poprzez stosowanie sylogizmu prawniczego, wykluczało próby stworzenia i uzasadnienia konkurującego z prawem pozytywnym systemu reguł słuszności, który mógłby stanowić część systemu prawa lub choćby go korygować. Pamiętajmy, że według Harta, jedną z podstawowych cech pozytywizmu (twierdzeniem określanym jako pozytywistyczne) było założenie, iż nie ma żadnego koniecznego związku pomiędzy prawem i moralnością, ani też pomiędzy prawem takim jakie jest, a takim jakie być powinno, zaś sam system prawny jest zamkniętym systemem logicznym, z którego każda decyzja może być wywnioskowana wyłącznie za pomocą rozumowań logicznych. Twierdzenia te uzupełniane były kolejnym – zgodnie, z którym sądy etyczne nie mogą być dokonywane (jak sądy o faktach) na podstawie racjonalnej argumentacji czy dowodów⁹.

Trzeba jednak podkreślić, że poglądy, które skłonni jesteśmy zgodnie z przyjętą tradycją określać mianem pozytywistycznych nie były jednolite, obok stanowisk skrajnych prezentowane były także ujęcia bardziej umiarkowane, jak choćby niżej powoływane twierdzenia Harta.

Według pozytywistów, definiowanie prawa jest niezależne od jego stosunku do moralności – nie zachodzi tu związek definicyjny, konieczny. W procesie definiowania oraz oceniania obowiązywania prawa nie wykorzystujemy kryterium zgodności z moralnością. Nie oznacza to jednak, że dla pozytywistów prawo może mieć dowolną treść moralną – są to jednak zagadnienia odrębne.

Stworzona przez Kelsena¹⁰ *Czysta teoria prawa* została nazwaną czystą, ponieważ miała wykluczyć z poznania prawa pozytywnego wszystkie obce mu elementy, jak przykładowo, ideę sprawiedliwości. Teoria ta odkryć miała naturę samego prawa, odpowiedzieć na pytanie, co jest prawem, nie zaś, jakie prawo powinno być. Kelsen stwierdzał niekompetencję swej teorii w przedmiocie udzielania odpowiedzi na pytanie, czy dany porządek prawny jest sprawiedliwy, czy nie jest. Nie negował przy tym użyteczności czy sensowności udzielania takiej odpowiedzi – lecz przez inne dyscypliny, nie przez jurysprudencję normatywną.

⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 181 i nast.

¹⁰ H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Berkeley–Los Angeles–London 1970.

Praktyczne przejawy idei monizmu i dualizmu

Idea dwu konkurujących ze sobą systemów prawnych, przytłumiona na pewien czas pozytywistycznym kultem ustawy, odżyła na nowo nie tylko w odradzających się koncepcjach prawa natury, ale także w poglądach zaliczanych do nurtu realizmu prawnego. W pierwszym rzędzie wymienić tu należy tzw. szkołę wolnego prawa, której przedstawiciele zdecydowanie odrzucali pozytywistyczne teorie wykładni i stosowania prawa, uznając, że prawo ustawowe jest tylko jednym z elementów składających się na pojęcie prawa, budowane w oparciu także o społecznie akceptowane normy obyczajowe, moralne. Stąd też rozróżnienie na „prawo w księgach” (*law in books*) i „prawo w działaniu” (*law in action*) – istotniejsze jest oczywiście to drugie, gdyż w oparciu o prawo w księgach nie można rozwiązać konkretnych problemów, bowiem nie nadąża ono za przemianami życia społecznego, ani nie odzwierciedla ono jego złożoności.

Powoływana wyżej koncepcja dualizmu wyszła poza krąg dyskusji teoretycznej, znajdując urzeczywistnienie przede wszystkim w dwu systemach prawa – prawie pretorskim i *equity*¹¹.

Źródłem prawa pretorskiego (*ius praetorium*) było przysługujące pretorowi (urzędnikowi sprawującemu jurysdykcję w sprawach między peregrynami oraz pomiędzy peregrynami a obywatelami rzymskimi) *ius edicendi*, czyli prawo ogłaszania solennych zapowiedzi, w jaki sposób magistratura korzystać będzie z powierzonej jej władzy. Edykt nie był zbiorem przepisów prawa materialnego – na jego treść składały się zapowiedzi dotyczące zakresu ochrony praw prywatnych w procesie i poza procesem. Trzeba tu zwrócić uwagę, że zakres zapowiadanej przez pretora ochrony nie zawsze odzwierciedlał obowiązujące prawo – często pretor zapowiadał udzielenie ochrony prawnej nawet wtedy, gdy nie była ona przewidziana w obowiązującym prawie i odwrotnie, zapowiadał odmowę udzielenia ochrony, chociaż postanowienia obowiązującego prawa dawały podstawę do jej uzyskania. Rozwiązania przewidziane w *ius praetorium* były znacznie bardziej dostosowane do potrzeb życia codziennego niż *ius civile*, a zarazem znacznie mniej od niego sformalizowane. Wzajemny stosunek *ius praetorium* i *ius civile* najlepiej oddają słowa Papiniana: „*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia utilitatem publicam...*” Wyliczone „wspomaganie”, „uzupełnianie” i „poprawianie” prawa cywilnego stanowi istotę prawa słusznego (*ius praetorium*), występującego zgodnie z koncepcją dualizmu obok prawa stanowionego (*ius strictum*).

Znacznie mniej odległym od nas czasowo przykładem „oficjalnego” dualizmu prawa było *equity*. *Common law* stworzyło bardzo sztywne, a przez to uciążliwe w stosowaniu normy prawne, zwłaszcza w zakresie postępowania sądowego. Środkiem, który służył poprawianiu i uzupełnianiu *common law* były normy słusz-

¹¹ M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, oprac. K. Sójka-Zielińska, Warszawa 1995, s. 41 i 452; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1993, s. 24 i 71.

ności – właśnie *equity*. Zasada słuszności ukształtowała się na podstawie drugiej ustawy westminsterskiej z 1285 roku. Normy te stosowane były w postępowaniu przed Sądem Kancelerskim (władza sądowa kanclerza powstała z praktyki samodzielnego załatwiania przezeń petycji skierowanych do króla). Od 1837 roku, po reformie sądownictwa, polegającej na uproszczeniu procedur, nastąpiła fuzja orzecznictwa opartego na *common law* i *equity*.

Słuszność i sprawiedliwość w prawie

Niewątpliwie polski ustawodawca musiał zakładać istnienie jakiejś materialnie bądź formalnie rozumianej sprawiedliwości czy słuszności, czego dowodem jest choćby wykorzystanie klauzul generalnych. W dyskusjach dogmatycznych i teoretycznych, w powoływanej argumentacji prawnicy bardzo często odwołują się do „sprawiedliwości” i „słuszności”, zakładając, iż terminy te posiadają jakoby oczywisty sens. Jednak bliższa analiza znaczenia przypisywanego tym terminom wykazuje, że wiążą się z nim jedynie niesprecyzowane i bardzo rozbieżne intuicje poszczególnych prawników i ideologów¹².

Zagadnienia słuszności i sprawiedliwości w prawie, stanowią przedmiot rozważań etyków i filozofów prawa od czasów klasycznej myśli greckiej. Do dziś jednak stawiać można pytania o kryteria rozróżnienia tych pojęć, czy wręcz nawet o sensowność takiego rozróżnienia. W bardzo wielu wypadkach i kontekstach stosowania, pojęcia te traktuje się jako synonimiczne. Niewątpliwie „sprawiedliwość” decyzji sądowego stosowania prawa, oceniana samoistnie, jako wewnętrzna właściwość konkretnej decyzji w konkretnej sytuacji, odpowiadałaby wprost niżej opisanej koncepcji „słuszności samoistnej”. Podobnie bliska słuszności byłaby alegalistyczna koncepcja sprawiedliwości, nakazująca ocenę decyzji oderwaną od prawa obowiązującego. Natomiast legalistyczne i nielegalistyczne koncepcje sprawiedliwości, wiążące sprawiedliwość decyzji z jej relacją do prawa obowiązującego, mogą być wyraźnie odróżnione od koncepcji „słuszności”, która wyjątkowo rzadko rozumiana jest jako zgodność decyzji z prawem (odwołuje się ona raczej do pozaprawnych kryteriów oceny). Stąd też, pamiętając iż jest to w znacznej mierze rozróżnienie konwencjonalne, mówiąc o „sprawiedliwości”, uwzględniać będziemy element zgodności z obowiązującym prawem, zaś „słuszność” kojarzyć będziemy przede wszystkim z pozaprawnymi kryteriami oceny.

W przypadku sprawiedliwości, bezsporne wydaje się, że chodzi tu o cechę działania – działania, które kierowane jest zamiarem jednakowego świadczenia dobra lub zła – wobec podmiotów identycznych pod jakimś określonym, istotnym względem (sprawiedliwość rozdzielcza), w szczególności poprzez jednakową odpłatę wobec podmiotów, które wcześniej świadczyły określonego rodzaju dobro

¹² Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 45.

lub zło (sprawiedliwość wyrównawcza¹³). Tak formalnie określona sprawiedliwość staje się jednak w pełni operatywnym kryterium oceny danego zachowania dopiero po rozstrzygnięciu, jaką to cechę traktować będziemy jako istotną dla równego świadczenia dóbr jakimś podmiotom (czy świadczyć każdemu po równo, czy też odpowiednio do: wysiłków, osiągnięć, potrzeb, pozycji społecznej itd.). Pojęcie sprawiedliwego charakteru jakichś norm bądź postępowania najczęściej łączy się z ich aprobatą, dodatnią oceną.

Rozpatrując znaczenie koncepcji sprawiedliwości dla zagadnienia stosowania klauzuli generalnej zasad współżycia społecznego, wpisującego się przecież w szersze pojęcie stosowania prawa (rozumiane jako proces wydawania konkretnej decyzji, ustalającej konsekwencje prawne danego stanu faktycznego na gruncie określonej normy generalno-abstrakcyjnej), szczególną uwagę zwrócić musimy na rozważania dotyczące koncepcji sprawiedliwości decyzji sądowej. Wyróżnić można następujące koncepcje: legalistyczną, nielegalistyczną oraz alegalistyczną¹⁴.

Legalistyczna koncepcja sprawiedliwości decyzji sprowadza się do jej zgodności z prawem. Ta zaś wyraża się w zwrocie stosunkowym, który stwierdza zgodność decyzji z jej podstawą normatywną – co odpowiada formule sprawiedliwości formalnej. Prostota tej koncepcji jest jednak pozorna. Po pierwsze dlatego, że pomija skomplikowane zagadnienie ustalania zgodności decyzji z prawem, po drugie, że wielokrotnie sama „zgodność z prawem” nie wystarcza dla podjęcia decyzji – przede wszystkim w sytuacjach, gdy zawarte w przepisach prawa obowiązującego zwroty oceniające (a zwłaszcza interesująca nas klauzula zasad współżycia społecznego) odsyłają poza system obowiązującego prawa¹⁵.

Nielegalistyczna koncepcja sprawiedliwości uzależnia sprawiedliwość decyzji od zgodności z obowiązującym prawem, uzupełniając jednak ten wymóg warunkiem, by stosowane normy prawa oceniane były jako sprawiedliwe – decyzja sprawiedliwa to decyzja zgodna z obowiązującym prawem, o ile samo to prawo może być uznane za sprawiedliwe. Zgodność decyzji z prawem jest warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym jej sprawiedliwości.

Natomiast alegalistyczna koncepcja sprawiedliwości decyzji całkowicie odrywa taką jej ocenę od stosunku do obowiązującego prawa. „Sprawiedliwość ponad prawem” stanowi jedyne kryterium oceny decyzji.

Niewątpliwie zaprezentowane powyżej koncepcje sprawiedliwości mają charakter relacyjny – wymagają bowiem wartościowania decyzji ze względu na jej relację do jakiejś normy. Sprawiedliwość określana samoistnie, bez odniesienia do kryteriów zewnętrznych byłaby synonimem „słuszności samoistnej” i odpowiadałaby wewnętrznej właściwości konkretnej decyzji sądowej. Charakter takiej wersji sprawiedliwości najlepiej oddaje tautologiczne sformułowanie – „decyzja spra-

¹³ Rozróżnienie tych dwu rodzajów sprawiedliwości wywodzi się od Arystotelesa (*Etyka Nikomachejska*, tłum., oprac. i wstęp D. Gromska, Warszawa 1956, s. 159 i nast.).

¹⁴ Powołuję się tu na niezwykle użyteczny i zakorzeniony w literaturze podział omawiany szerzej przez J. Wróblewskiego, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 185 i nast. (*Biblioteka klasyków filozofii*).

¹⁵ Jak ujmuje to J. Wróblewski w cytowanej wcześniej pracy – właśnie do „materialnej sprawiedliwości”.

wiedliwa to decyzja sprawiedliwa”. Zagadnienie słuszności w prawie może być rozpatrywane w różnych, wzajemnie ze sobą powiązanych ujęciach¹⁶.

Mówić możemy o teoretycznym ujęciu słuszności, tworząc określone konstrukcje filozoficzne, etyczne czy prawnicze, pomocne przy udzielaniu odpowiedzi na abstrakcyjnie postawione pytanie: Co to jest słuszność? Słuszność analizować możemy również z punktu widzenia tekstów prawnych – rozpatrując z punktu widzenia treści norm prawnych częstotliwość i zakres posługiwania się „słusznością”. Niezwykle istotne są badania prowadzone nad słusznością przez pryzmat praktyki orzecznictwa. Wówczas chodzić nam będzie o to, kiedy i w jaki sposób reguły słuszności wpływają na wydawane decyzje stosowania prawa. Wpływ ten możemy badać odwołując się do dwojakiego materiału – po pierwsze do tekstów decyzji wraz z ich uzasadnieniami, po drugie do materiału psychicznego (procesów faktycznie motywujących podjęcie decyzji o określonej treści). Wreszcie, słusznością w prawie można zajmować się z oceniająco-postulatywnego punktu widzenia, formułując zalecenia dotyczące sposobów (i treści) tworzenia i stosowania prawa ze względu na słuszność.

Wyzolowanie którejs z wyżej zaprezentowanych możliwości analizy słuszności może wynikać z konkretnych potrzeb czy celów badawczych. Poniżej zaprezentowane uwagi mają charakter „mieszany”, co odpowiada prowadzonej przez nas wielopłaszczyznowej analizie zasad współżycia społecznego.

Odróżnić należy dwa podstawowe ujęcia słuszności – samoistne i relacyjne. W pierwszym z nich przez słuszność rozumiemy określanie tym mianem konkretnej decyzji, która w sposób „słuszny” koryguje rozstrzygnięcie, jakie należałoby wydać zgodnie z normami regulującymi określonego rodzaju przypadki. Istotne jest to, iż owa korekta nie opiera się na jakichkolwiek innych normach ogólnych, które służyć mogłyby za „konkurencyjną” podstawę podejmowania decyzji, lecz ma charakter ściśle indywidualny, konkretny. Słuszność w tym ujęciu nie nadaje się do generalizacji, lecz jest odwołaniem się do bliżej nieokreślonych „względów słuszności”, odpowiadających jakiemuś „poczuciu moralności”, przeżywania dezaprobaty określonej decyzji, skutkującej wyborem innego, najlepszego w danej sytuacji zachowania.

W ujęciu relacyjnym słuszność rozumiana jest jako zgodność normy lub decyzji z inną normą bądź decyzją, których dodatnią wartość się zakłada. To ujęcie można wyrazić zwrotem:

norma N_a jest słuszna jako zgodna z normą N_b .

Zgodność ta rozumiana jest szeroko, obejmując zarówno wynikanie, jak i brak sprzeczności pomiędzy tymi normami. Relacyjne ujęcie słuszności wymaga istnienia co najmniej dwu zbiorów norm – po pierwsze zbioru, do którego należy

¹⁶ J. Wróblewski, *Słuszność w systemie prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, nr 1, s. 97 i nast.

norma oceniana, po drugie zbioru, do którego należy norma, ze względu na którą dokonuje się tej oceny. Powyższe spostrzeżenia odnoszą się również do słuszności decyzji (choćby poprzez przyjęcie, że decyzja tworzy określoną normę konkretno-indywidualną).

Podstawowe dla naszych rozważań znaczenie będą miały ustalenia dotyczące funkcji, jaką słuszność pełni w systemie prawa polskiego – chodzi tu o odesłania do słuszności jako czynnika determinującego podejmowania decyzji stosowania prawa. Mogą tu wystąpić poniżej wymienione sytuacje¹⁷.

Normy prawa obowiązującego mogą odsyłać podmiot wydający decyzję do reguł słuszności – w tym wypadku reguły te stanowią uzupełnienie prawa obowiązującego, dopełniające podstawę decyzji. Istotne jest, że w takim wypadku reguły te mogą również stanowić element uzupełniający tak zwane luki prawne. Po drugie, tekst prawa obowiązującego może pozostawiać organowi wydającemu decyzję – luz polegający na możliwości podjęcia rozstrzygnięć odpowiadających okolicznościom konkretnego przypadku, nakazując jednocześnie wydanie decyzji „słusznej”. Wreszcie, prawo obowiązujące może ustalać wiążące dyrektywy stosowania lub wykładnie prawa, nakazujące dokonywanie określonych czynności z uwzględnieniem słuszności.

Jak z powyższego widać, słuszność traktowana może być funkcjonalnie jako odpowiednik zasad współżycia społecznego. Zasady te pełnią bowiem rolę analogiczną do słuszności, przy czym chodzić tu będzie *prima facie* przede wszystkim o odpowiednik słuszności relacyjnej – dokonywanie oceny określonego zachowania w odniesieniu do zespołu reguł określanych mianem zasad współżycia społecznego.

Na podkreślenie zasługuje także omówione w literaturze zagadnienia stanowisko¹⁸, zgodnie z którym powoływanie się na zasady współżycia społecznego może pełnić rolę analogiczną do tej, jaką spełnia słuszność samoistna, bowiem powołanie tych zasad pozwala na zindywidualizowanie rozstrzygnięcia w takim samym stopniu, w jakim czyni to „słuszność” – prowadząc do korektury prawa w konflikcie pomiędzy ogólną i abstrakcyjną regulacją prawną a okolicznościami konkretnego przypadku w świetle ocen organu stosującego prawo. Owo podobieństwo funkcjonalne nie pociąga za sobą podobieństwa konstrukcyjnego. Dyskusyjnych różnic dotyczących konstrukcji teoretycznych nie będziemy jednak w tym miejscu omawiać.

Próba systematyzacji relacji pomiędzy prawem a moralnością

Pełna analiza relacji prawo – moralność nadawałby się na odrębną, niezwykle obszerną monografię¹⁹, zamierzam jednak poświęcić uwagę tylko wybranym aspek-

¹⁷ Co do szczegółów: *ibidem*, s. 104 i nast.

¹⁸ *Ibidem*, s. 114 i nast. oraz cytowana tam literatura.

¹⁹ Wskazać należy zwłaszcza prace W. Langa, *Relacje między prawem i moralnością*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2-3; oraz i d e m, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989.

tom tej relacji. Związki prawa i moralności mogą być analizowane na wielu płaszczyznach²⁰ – ograniczę się jedynie do płaszczyzny dyskursu prawnego i etycznego (logiczno-językowej), na której to płaszczyźnie wyróżniamy relacje treściowe, systemowe i strukturalne, odnoszące się odpowiednio do merytorycznego związku treści norm prawnych i moralnych, stosunków między prawem i moralnością w sferze obowiązywania norm, powiązania tych systemów za pomocą przepisów odsyłających.

Przedstawiona poniżej typologia relacji pomiędzy prawem a moralnością nie jest kompletna ani wyczerpująca. Ma ona charakter orientacyjny, a jej celem jest zarysowanie tła dla dalszych dyskusji²¹.

W zależności od płaszczyzny rozważań oraz kryteriów charakterystyki, wyróżnić można relacje socjologiczne, psychologiczne i systemowo-dyskursywne²². Szczególnie dla nas ważna jest płaszczyzna systemowo-dyskursywna, na której rozważania nad związkami prawa i moralności²³ zrelatywizowane są do pojęcia systemu prawa, jego właściwości strukturalnych i właściwości języka prawnego i prawniczego oraz do swoistych cech dyskursu prawniczego. W płaszczyźnie tej występują następujące rodzaje relacji: treściowe, strukturalne, uzasadnienia i walidacyjne. Relacje te są ze sobą ściśle powiązane i zaproponowany podział nie jest rozłączny.

Relacje treściowe sprowadzają się do wskazania zbieżności i rozbieżności treści norm prawnych i moralnych, przejawiają się one także we wszystkich pozostałych rodzajach relacji. Przyjąć można, że zakresy przedmiotowej regulacji prawa i moralności krzyżują się. Istnieje więc obszar zachowań regulowanych zarówno przez prawo i moralność, jak i podzbiory zachowań regulowanych wyłącznie przez prawo i wyłącznie przez moralność. Rozróżnienie to jest możliwe, o ile przyjmiemy założenie, że jeśli dane zachowanie *Z* nie jest regulowane na gruncie danego systemu, to jest ono dla niego indyferentne. Rozróżnienie takie nie byłoby natomiast możliwe na gruncie etyki legalistycznej, przypisującej pojęciu prawa dodatnią wartość moralną.

Odnosnie do wspólnego zakresu regulacji przedmiotowej, opisać można dwa rodzaje łącznego normowania – równoległy i kompleksowy. Regulacja równoległa ma miejsce wówczas, gdy normy prawne wyróżniają i regulują pewien typ zachowań regulowany jednocześnie przez moralność, nie odwołując się jednak do tej moralności.

Regulacja kompleksowa zachodzi wtedy, gdy normy prawne i moralne regulują określone typy zachowań w sposób wzajemnie się uzupełniający. Może ona

²⁰ Idem, *Prawo i moralność...*, s. 15 i nast.

²¹ Bardzo rozwinięte i szczegółowo uzasadnione typologie związków prawa i moralności przedstawia W. Lang w cytowanych powyżej pracach.

²² W. Lang, *Relacje między prawem...*, s. 119.

²³ Przy przyjęciu idealizującego założenia traktującego prawo i moralność jako systemy (odpowiednio: statyczno-dynamiczny i statyczny).

mieć charakter zewnętrzny – gdy pewien typ zachowań regulowany jest przez normy prawne i moralne, do których odsyłają przepisy zawierające klauzule generalne (jak właśnie zasady współżycia społecznego).

W przypadku regulacji równoległej możliwe jest rozbieżne normowanie pewnych zachowań przez prawo i moralność, natomiast regulacja kompleksowa jest w założeniu zbieżnym pod względem merytorycznym uregulowaniem danego typu zachowań przez normy prawne i moralne²⁴.

Relacje strukturalne określają stosunek systemu prawa do systemu moralności. O tym, czy dane normy moralne przynależą do systemu prawa, bądź nie przynależą do niego, są jednak prawnie relewantne (wchodząc w skład szeroko pojmowanego porządku prawnego), rozstrzygają reguły strukturalne systemu prawa oraz reguły wykładni. Zasady moralne mogą zostać włączone do porządku prawnego poprzez odpowiednie konstrukcje normatywne i doktrynalne.

Pewne normy, wyróżniające się swą doniosłością i rolą odgrywaną na obszarze prawa stanowić mogą zasady prawne. Wyznaczają one kierunek działań prawodawczych, interpretacji przepisów, stosowania prawa, wskazują preferencje w razie kolizji norm prawnych. Uzasadnienie szczególnego charakteru zasad prawnych opierać się może na nadrzędności norm prawa konstytucyjnego czy międzynarodowego lub też na walorze nadrzędności, nadanym rekonstruowanym z systemu prawa regułom przez doktrynę i judykaturę. Znaczna część tych zasad ma charakter reguł moralnych, na przykład zasada głosząca, iż „nikt nie powinien osiągać korzyści z własnego bezprawia”²⁵.

Inną drogą włączania ocen moralnych w strukturę prawa są odesłania pozasystemowe. Mogą one występować w dwu postaciach. Odesłania pierwszego stopnia polegają na użyciu w przepisach prawnych nieprawnych terminów wartościujących, takich jak „dobro dziecka”, „niskie pobudki czynu”. Odesłania drugiego stopnia kierują do społecznie zobiektywizowanych standardów ocennych, określonych kategorii zasad etycznych (jednym z podstawowych kryteriów oceny są zasady współżycia społecznego). Według niektórych poglądów wyłącznie odesłania drugiego stopnia stanowią klauzule generalne we właściwym tego słowa znaczeniu, niektórzy autorzy pojęciem tym obejmują także odesłania pierwszego stopnia, odróżniając odpowiednio klauzule generalne I i II typu, o czym będzie jeszcze mowa.

Relacje uzasadnienia dotyczą wykorzystania zasad moralnych jako racji dla określonych norm czy instytucji prawnych. W przypadku regulacji kompleksowej wprowadzanej na drodze powiązań strukturalnych, opierających się na odesłaniach drugiego stopnia, uzasadnienie moralne danego przepisu jest niejako bezpośred-

²⁴ Zdaniem W. Langa (*Prawo i moralność...*, s. 135) zbieżność ta dotyczy tylko norm prawnych i moralnych wspólnie regulujących dany typ zachowań, „niewykluczona jest natomiast niezgodność innych norm prawnych, do których odsyła system prawa”. Trzeba jednak zauważyć, że (zwłaszcza w odniesieniu do zasad współżycia społecznego) niezgodność taka oznaczałaby jednocześnie sprzeczność w systemie prawa, skoro owe normy moralne służą wyznaczeniu treści i zakresu zastosowania norm prawnych.

²⁵ Wymienia ją przykładowo W. Lang, *Prawo i moralność...*, s. 210.

nio zawarte w jego treści. Przepisy odsyłające do zasad współżycia społecznego nie wymagają właściwie dalszego uzasadniania moralnego, jakichś nowych, „zewnątrznych” racji. Jednak również normy prawne nie dotyczące reguł moralnych, mogą być uzasadniane przez relatywizację do zasad etycznych.

Wyróżnić można dwa podstawowe rodzaje aksjologicznego uzasadniania normy prawnej – deontologiczne i teleologiczne. Pierwsze polegają na relatywizacji systemowej, w której chodzi o wykazanie bezpośredniego związku treściowego normy prawnej i normy moralnej, drugie zaś na wskazaniu, iż spełnienie danej normy prawnej stanowi warunek konieczny stanu rzeczy będącego spełnieniem zasady etycznej. W stosunku do norm prawnych odsyłających do zasad współżycia społecznego oba te rodzaje uzasadnień znajdują zastosowanie.

Relacja walidacyjna dotyczy znaczenia norm moralnych dla obowiązywania norm prawnych. Możliwe są tu dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym, moralność jest podstawą obowiązywania prawa, zaś według drugiego – prawo i moralność są systemami normatywnymi niezależnymi walidacyjnie i oceny moralne nie przesądzają o uznaniu norm prawnych za obowiązujące.